

GIUSEPPE MANFREDI

Professore ordinario di Diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Pia-
cenza
giuseppe.manfredi@unicatt.it

ANNULLAMENTO DOVEROSO?

NECESSARY ANNULMENT?

SINTESI

Lo scritto esamina la questione del cosiddetto annullamento doveroso, ossia dei casi in cui la pubblica amministrazione è vincolata ad annullare i propri atti, che negli ultimi anni è oggetto di sempre maggiore attenzione da parte della letteratura giuridica. A tal fine si procede innanzitutto a riferire degli orientamenti dottrinali che in passato consideravano l'annullamento d'ufficio oggetto di un potere vincolato, e a esporre le ragioni per le quali invece è prevalsa in giurisprudenza e in dottrina una sistemazione di questo istituto che considera il potere in parola di natura squisitamente discrezionale: sistemazione la quale è stata senz'altro ripresa nella legificazione dell'istituto che è avvenuta tramite l'emanazione dell'art.21-*nonies* della legge n.241 del 1990. Vengono poi esaminati in primo luogo gli orientamenti giurisprudenziali in tema di annullamento degli atti cosiddetti anticomunitari, di annullamento per motivi finanziari e di annullamento degli atti in tema di edilizia. In secondo luogo, la modifica dell'art.21-*nonies* della legge n.241 del 1990 disposta dalla legge n.164 del 2014, le norme *ex* art.52 del Codice della giustizia contabile *ex* d.lgs. n.174 del 2016, quelle sul preavviso di ricorso previsto dal Codice dei contratti pubblici del 2006, sull'autotutela in tema di segnalazione certificata di inizio attività, sulle raccomandazioni vincolanti dell'Autorità nazionale anticorruzione previste nella versione originaria del Codice dei contratti pubblici del 2016, sul dovere di provvedere *ex* art.2 della legge n.241 come modificato dalla legge n.190 del 2012. In esito a questa disamina, si giunge ad affermare che a oggi nell'ordinamento italiano l'annullamento doveroso è una evenienza del tutto eccezionale, e che la doverosità per lo più si risolve in un dovere di procedere su istanze di soggetti privati, senza però che l'amministrazione sia vincolata a provvedere all'annullamento; e infine vengono ipotizzate alcune delle tendenze che potrebbero emergere in futuro.

ABSTRACT

The paper examines the so called “dutiful *ex officio* annulment” (annullamento d'ufficio doveroso), *i.e.* the cases in which the public administration has an obligation to quash its own decisions when they are unlawful. This topic has been increasingly at the center of the Italian legal scholars' debate, especially in the last

few years. In particular, after analyzing the oldest main legal scholar's theories according to which public administration always has an obligation to quash *ex officio* its own unlawful decision, the paper explains why, over the years, Courts and legal scholarship in Italy have interpreted this power mainly as a discretionary power. As a consequence, also Article 21-nonies of the Law No 241/1990 (Administrative Procedure Law) on the *ex officio* annulment -as amended in 2005- was a kind of restatement of this consolidated jurisprudential and scholar trend. However, Courts have continued to infer that there is an obligation on the public administration to quash an unlawful administrative decision in a few hypotheses: when an administrative decision is adopted in breach of the EU law, when the *ex officio* annulment can save or reduce spending costs for the public administration, when administrative decision is adopted in breach of planning law. The paper critically analyzes all these cases. Furthermore, this contribute analyzes recent rules that seem to introduce new hypothesis of "dutiful *ex officio* annulment", such as, for example, Art. 21-nonies of the Law No 241/1990, as amended by the Law No. 164/2014; Art. 52 of the Legislative Decree No. 174/2016 (s.c. Code of Accounting Justice); Art. 243-bis of the Legislative Decree No. 163/2006 (the former Italian Code on Public Procurement); the original version of Art. 211 of the Legislative Decree 50/2016 (new Italian Code on Public Procurement); and Art. 2 of the Law No. 241/1990, as amended by the Law no. 190/2012 (Italian Anti-corruption Law). Against this backdrop, the paper infers that the *ex officio* annulment is still, as a general rule, a discretionary power and that public administration only has the duty to start the *ex officio* annulment procedure, without any obligation to quash an unlawful administrative act. However, the paper lives open the door to some new trends that might occur in the future.

PAROLE CHIAVE: annullamento, autotutela, poteri discrezionali, poteri vincolati, dovere di provvedere

KEYWORDS: Ex Officio Annulment, The Second Degree Procedure and Administrative Self-Protection, Discretionary Powers, Bound Administrative Powers, Duty to Act.

INDICE: 1. Premessa – 2. L'annullamento d'ufficio prima della legge n.15 del 2005: l'affermazione in via generale del carattere discrezionale dell'annullamento – 3. Segue: le figure speciali e gli orientamenti giurisprudenziali sull'interesse pubblico in *re ipsa* – 4. La legificazione del 2005 dei principi generali in tema di annullamento, e le vicende degli orientamenti sull'interesse pubblico in *re ipsa*: l'annullamento per motivi finanziari – 5. Segue: l'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria – 6. Segue: l'annullamento degli atti in tema di edilizia – 7. La modifica dell'art.21-nonies *ex lege* n.164 del 2014 e l'art.52 del Codice di giustizia contabile – 8. Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac – 9. Annullamento d'ufficio e Adr. Il paradigma dell'autotutela tributaria – 10. Le figure speciali di istanza di annullamento: il preavviso di ricorso nel Codice dei contratti pubblici del 2006 e le sollecitazioni in tema di s.c.i.a. – 11. La configurabilità in via generale di un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento: in particolare, in considerazione della modifica dell'art.2 della legge n.241 del 1990 *ex lege* n.190 del 2012 – 12. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Oggetto di questo scritto è ciò che usualmente viene definito come “annullamento doveroso”, ossia un argomento che negli ultimi tempi sembra suscitare un crescente interesse da parte della dottrina¹.

Per come viene impiegata, l'espressione non è del tutto priva di ambiguità, in particolare perché, come vedremo più avanti, pare che con essa a volte si voglia intendere che la pubblica amministrazione è tenuta a procedere d'ufficio ad annullare i provvedimenti illegittimi, e altre volte invece che è obbligata a procedere su domanda di un privato²: per cui sembra che nel primo caso la doverosità venga considerata principalmente funzionale a esigenze di legalità oggettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, e nel secondo caso invece a esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento.

Anche a prescindere da ciò, essa potrebbe sembrare imprecisa perché, a ben vedere, in forza del generalissimo principio di funzionalità tutti i poteri amministrativi, vincolati o discrezionali che siano, sono comunque connotati dalla doverosità³: e dunque per indicare il concetto, o i concetti di cui s'è appena detto, forse sarebbe meglio parlare di annullamento vincolato – o, magari, per riprendere altre formule impiegate in proposito dalla dottrina, di annullamento necessitato, o di annullamento obbligatorio, o, ancora, di annullamento dovuto⁴.

Nondimeno l'espressione annullamento doveroso negli ultimi anni viene impiegata correntemente, e senza che ciò abbia dato adito a particolari equivoci

¹ Cfr., tra gli studi più recenti che si sono occupati della questione in generale, il lavoro monografico di S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, e gli scritti di C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura incipiente*, in *Foro amm.-CDS*, 2012, p. 2946 e ss., S. TATTI, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, p. 147 e ss., P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n.164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, p. 21 e ss., S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, n.16/2016, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ivi*, n.5/2017.

² Come rilevano ad es. S. TUCCILLO, *Autotutela*, cit., N. POSTERARO, *Sui rapporti*, cit.

³ Così S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema d'annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1251 e ss. Sulla generale doverosità dei poteri amministrativi cfr., da ultimo, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁴ La prima definizione viene proposta da S. VALAGUZZA, *La concretizzazione*, cit., mentre la seconda veniva usata in particolare dalla dottrina meno recente: v., ad es., G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 154 e ss., V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, spec. 257 e ss., E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, II, p. 488 – ove questo a. impiega anche la terza.

(a oggi non pare che si immagini che l'annullamento d'ufficio, se non "doveroso", sia oggetto di una mera facoltà dell'amministrazione, anziché di un potere-dovere discrezionale), sicché non vi sono ragioni per non farne uso anche in questa sede.

Ora, può sembrare curioso che per questo aspetto (o per questi aspetti) la disciplina e la natura stessa dell'annullamento d'ufficio risultino perplesse proprio ora, a soli pochi anni di distanza da quando, dopo essere stata il frutto di una elaborazione pretoria della giurisprudenza per oltre un secolo, la figura è stata legificata tramite l'inserimento nella legge n.241/1990 dell'art.21-*nonies*, disposto dalla legge n.15/2005: ossia tramite una disposizione che pare confermare la natura discrezionale del potere in discorso.

Inoltre, come si dirà fra poco, la nozione di annullamento doveroso di primo acchito parrebbe addirittura evocare sistemazioni dell'annullamento d'ufficio che sembravano superate almeno dalla metà dello scorso secolo.

E' però il caso di chiarire sin d'ora che qui non ci si trova di fronte a un'altra dimostrazione del fatto che la scienza giuridica, come tutte le scienze umane, non è incrementale, o cumulativa, per cui talvolta finisce per ritornare a schemi e idee del passato.

L'interesse odierno per questa tematica è infatti senz'altro giustificato, per tacer d'altro perché attualmente in tema di annullamento d'ufficio si riscontra un incrocio tra una sorta di inerzia culturale di una parte della giurisprudenza e la recente emanazione di disposizioni che ben possono far pensare alla configurabilità di un qualche tipo di annullamento non discrezionale.

Per cui nelle prossime pagine cercheremo di vedere se nel nostro ordinamento sia effettivamente ravvisabile la figura in discorso.

2. L'annullamento d'ufficio prima della legge n.15 del 2005: l'affermazione in via generale del carattere discrezionale dell'annullamento

Per spiegare gli assetti odierni dell'annullamento d'ufficio per il profilo che qui interessa occorre però innanzitutto ricordare (con la massima sintesi possibile, anche perché la vicenda è ampiamente nota) quali erano gli assetti dell'istituto prima della legificazione dello scorso decennio.

La vicenda dell'annullamento in definitiva è solo l'ennesima conferma

della matrice giurisprudenziale di un'ampia parte del nostro diritto amministrativo⁵, perché, come s'è detto, la figura che ci interessa sino al 2005 non aveva nessuna precisa base legislativa, e a partire da fine ottocento era stata elaborata da un orientamento pretorio della giurisprudenza, unitamente alla contigua figura della revoca - anzi, sino agli anni venti del novecento la giurisprudenza qualificava come revoca ogni atto di ritiro di precedenti provvedimenti, e solo in seguito s'era chiarito che l'annullamento consiste nel ritiro determinato da motivi di legittimità⁶.

In dottrina nella prima metà dello scorso secolo natura e caratteri dell'istituto furono controversi: per quanto qui interessa va ricordato che in questo periodo non mancavano autori che possono considerarsi antesignani dell'annullamento doveroso, come ad esempio Vincenzo Romanelli, che negli anni trenta sosteneva che il potere di annullamento deve ritenersi connotato dalla obbligatorietà, sulla base di "quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione, nell'interesse imprescindibile della sua azione amministrativa"⁷.

Questa posizione non ebbe però seguito, perché invece prevalse quella che, in consonanza con gli orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁸, affermava che il potere in questione ha natura senz'altro discrezionale.

Sempre negli anni trenta del novecento questa seconda tesi veniva sostenuta ad esempio da Giuseppe Codacci Pisanelli⁹, e da Santi Romano, secondo cui occorre valutare di volta in volta se l'annullamento "giovi, nel caso concreto, agli interessi della pubblica amministrazione, e sia conforme in genere a tutti i requisiti che si richiedono per l'uso di poteri discrezionali. In altri termini:

⁵ Rilevata anche di recente da A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 691 e ss. Ma v. almeno anche A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1373 ss., S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1 e ss.

⁶ Un'attenta ricostruzione degli iniziali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di annullamento d'ufficio e di revoca si rinviene in A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 1 e ss.

⁷ V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., p. 262: la tesi peraltro non era isolata, dato che in precedenza era stata sostenuta dagli autori richiamati in *op. ult. cit.*, 257, nt. 4. La sistemazione proposta da Romanelli è stata ricordata di recente da B.G. MATTARELLA, *ne Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 289 e ss., per dimostrare i diversi modi in cui l'autotutela può rapportarsi al principio di legalità.

⁸ Cfr. E. CANNADA – BARTOLI, *Annulabilità*, loc. cit.

⁹ G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., p. 151 e ss.

la pubblica Amministrazione, nelle ipotesi di cui è in parola, non pronuncia l'annullamento per l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata"¹⁰.

La stessa impostazione negli anni cinquanta era stata ripresa anche nella sistemazione generale dell'autotutela di Feliciano Benvenuti, ove appunto si sosteneva che tutti i poteri di autotutela spontanea (nel cui novero come noto veniva ricondotto anche il potere di annullamento) non tendono "alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato", ma, piuttosto, "a soddisfare un interesse concreto e immediato della amministrazione"¹¹.

L'affermazione della natura discrezionale del potere in discorso ovviamente lasciava adito alla consueta ponderazione tra l'interesse perseguito dalla pubblica amministrazione e quelli dei privati nei cui confronti l'annullamento può produrre effetto.

In quest'ottica l'amministrazione poteva dunque considerarsi vincolata ad annullare gli atti illegittimi solo nelle ipotesi che esulavano da ciò che Benvenuti definiva come autotutela spontanea, ossia nel settore dei controlli, e in quello dei ricorsi amministrativi¹².

Ed è quasi inutile ricordare che per quasi mezzo secolo, sino all'emanazione della legge n.15/2005, questa sistemazione in sostanza ha costituito il paradigma degli assetti dell'annullamento d'ufficio.

Che essa sia stata preferita alla sistemazione in termini di doverosità (od obbligatorietà, o necessità), si riallaccia alla dialettica tra i diversi interessi che possono venire in rilievo a fronte dell'esercizio del potere in questione, alcuni dei quali vanno nel senso della rimozione dell'atto, mentre altri vanno nel senso del suo mantenimento¹³.

Detto con una buona dose di approssimazione, tra gli interessi che vanno nel senso della rimozione può esservi quello di restaurare la legalità violata dal provvedimento illegittimo; quello di perseguire uno specifico interesse concreto della pubblica amministrazione; quelli dei soggetti privati che dall'atto ricevono

¹⁰ S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Nuovo dig. it.*, Torino, I, 1937, p. 475.

¹¹ F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, IV, 1959, p. 544.

¹² F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit. Nello stesso peraltro opinava già S. ROMANO, *Annullamento*, cit., in riferimento ai controlli.

¹³ Cfr., in proposito, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss., G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, p. 83 e ss.

un qualche tipo di pregiudizio: e questi soggetti possono essere sia i diretti destinatari dell'atto - ad esempio, il destinatario di un ordine di demolizione di un fabbricato -, sia terzi interessati - ad esempio, i proprietari dei terreni che confinano con un'area che viene edificata grazie a un permesso di costruire.

Tra gli interessi che invece vanno nel senso del mantenimento, quello di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici e quelli dei privati che dal provvedimento ricevono un qualche tipo di vantaggio - che anche qui ovviamente possono essere sia diretti destinatari dell'atto, sia terzi interessati.

Pertanto questi interessi per lo più si ricollegano a diversi principi giuridici, che nell'ordinamento vigente, dove la Costituzione secondo molti viene persino sovrainterpretata, possono considerarsi tutti dotati di una qualche più o meno salda copertura costituzionale: quelli che tendono alla rimozione ovviamente si collegano al generale principio di legalità, o a quello dell'inesauribilità del pubblico potere¹⁴, a sua volta connesso al principio del buon andamento; quelli che tendono al mantenimento, al principio della tutela dell'affidamento¹⁵, e a quello della certezza dei rapporti giuridici, corollario della certezza del diritto¹⁶ - che in genere va di pari passo con il principio di legalità, ma qui invece va in senso opposto.

Gli assetti dell'annullamento in definitiva dipendono dalla giuridica rilevanza che viene attribuita agli interessi in parola.

La questione peraltro si pone in termini analoghi in tutti gli ordinamenti a diritto amministrativo: e in tutti è una costante la ricerca di una soluzione di compromesso, che reca a limitazioni del potere di annullamento¹⁷.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una precisa disciplina legislativa, in sostanza il compromesso si è potuto realizzare attraverso la sostanziale emargi-

¹⁴ V. G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XLVI, 1993, p. 106, e, *amplius*, A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, Esi, 1991.

¹⁵ V., per tutti, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 100 e ss.

¹⁶ V. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 249, il quale evidenzia che il principio ha una valenza in parte diversa da quello della tutela dell'affidamento, ove rileva che «l'effetto di precarietà ... può causare un pregiudizio anche per l'interesse pubblico, disincentivando gli operatori privati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili perdite per il benessere collettivo», e cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento*, cit., p. 101, nt.5.

¹⁷ V., tra i tanti, G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, p. 70, e, nella letteratura più recente, A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004, spec. p. 241 e ss., e gli studi pubblicati in D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007, e in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011.

nazione dell'interesse al ripristino della legalità, che risulta difficilmente conciliabile con interessi di segno opposto, e tramite l'affermazione che l'annullamento deve necessariamente passare attraverso la ponderazione fra gli altri interessi; oltre che attraverso l'affermazione della rilevanza del decorso del tempo, che come si suol dire consolida gli interessi alla conservazione del provvedimento.

Corollario di questa ricostruzione come noto è poi anche che l'amministrazione non viene considerata tenuta a rispondere alle domande di annullamento presentate dai privati¹⁸ – salvo ovviamente che nel caso dei ricorsi amministrativi.

3. Segue: le figure speciali e gli orientamenti giurisprudenziali sull'interesse pubblico *in re ipsa*

La sistemazione in parola aveva però una valenza generale, e non era *tout court* applicabile alle ipotesi di annullamento d'ufficio previste e disciplinate da norme speciali¹⁹.

Ciò avveniva tipicamente riguardo all'annullamento governativo straordinario, già previsto nei testi dei regolamenti di esecuzione della legge comunale e provinciale successivi al 1865, e che all'epoca in cui scrivevano gli autori che abbiamo appena citato era disciplinato dall'art.6 del testo unico della legge comunale e provinciale del 1934²⁰.

E' una fattispecie che lo stesso Benvenuti considerava "difficilmente riconducibile all'ipotesi dell'autotutela amministrativa"²¹, e che la giurisprudenza amministrativa anche in tempi recenti considera retta da principi peculiari, affermando che qui la prevalenza delle ragioni di interesse nazionale fa sì che "la

¹⁸ Cfr., per tutti, A. CONTIERI, *Il riesame*, spec. p. 41 e ss.

¹⁹ Una rassegna delle principali tra queste ipotesi si può leggere in R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 912.

²⁰ Che recitava: «il governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, di ufficio o su denuncia, sentito il consiglio di Stato, gli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge o di regolamenti generali o speciali». In seguito la norma è stata ripresa prima nell'art.2, comma 3, lett. p) della legge n.400 del 1988, e poi nell'art.138 del d.lgs. n.267 del 2000: v., per tutti, G.M. RACCA, *Art.138*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, Padova, Cedam, 2006, p. 748 e ss., A. GULLETTA, A. PAVANINI, *Art.138*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di M. BERTOLISSI, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 554 e ss.

²¹ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 543, nt.38. In questo senso v. anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 541. Non a caso in dottrina si era proposto di ricondurre la figura al novero degli atti di alta amministrazione: v. G. CUGURRA, *L'annullamento governativo come atto di alta amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 604 e ss.

tutela del privato risult(i) attenuata, per ciò che attiene a principi in materia di comparazione degli interessi, elaborati dalla giurisprudenza con riguardo agli atti di autotutela”²².

Qui però siamo ben lontani da un annullamento doveroso, perché anzi in genere si ritiene che il potere di annullamento straordinario si connoti per una discrezionalità ancora più ampia del consueto²³.

E avveniva anche riguardo all’obbligo dell’amministrazione di conformarsi al giudicato dei giudici ordinari previsto dall’art.4 dell’All. E della legge n.2248 del 1865.

Ma in genere si è sempre sostenuto che anche questa *species* di annullamento conserva comunque natura discrezionale, e che essa si discosta dagli assetti consueti solo perché occorre dimostrare la sussistenza di un interesse pubblico concreto per non procedere ad annullare l’atto considerato illegittimo dal G.O., piuttosto che per procedere in tal senso – identica sistemazione peraltro è stata data a ipotesi analoghe, come quella dell’obbligo di conformarsi alla decisione negativa di un organo di controllo a cui non compete il potere di annullamento, oppure quella dell’annullamento di un atto consequenziale come conseguenza dell’annullamento dell’atto presupposto²⁴.

E dato che la sistemazione in discorso, oltre a non avere una precisa base legislativa, non aveva neppure un fondamento costituzionale (è noto che Benvenuti considerava l’autotutela come un “residuo” dello Stato assoluto, che costituiva un’eccezione alla separazione dei poteri²⁵), essa non poteva neppure vincolare il legislatore.

Il legislatore negli anni novanta dello scorso secolo nell’art.6 della legge n.127 del 1997 aveva appunto previsto un’ipotesi di annullamento che in modo inequivoco risulta interamente vincolato²⁶, non a caso definita in dottrina come

²² T.A.R. Lazio, I-bis, 454/1997, richiamata da G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 696, nt.17.

²³ V. ad es. Corte Cost. n. 229/1989, in *Le Regioni*, 1990, p. 1190 e ss., con note di V. COCOZZA, *Annulamento governativo e autonomia regionale*, e di C. BARBATI, *L’annullamento governativo degli atti regionali illegittimi: alla ricerca del «perché» di una scelta legislativa*, che - in relazione all’art.2 della l. n.400/1988 – per quanto qui interesse ha rilevato che l’annullamento straordinario è connotato dalla «facoltatività», e dalla «ampia discrezionalità della valutazione relativa alla presenza di un interesse attuale di carattere generale in grado di giustificare l’intervento straordinario del Governo».

²⁴ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, I, p. 710, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 499, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 633.

²⁵ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., p. 538.

²⁶ «Entro e non oltre tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 giugno 1983, n. 347 e

autotutela impropria, o pseudo-autotutela²⁷: ipotesi che peraltro era andata indenne da censure di legittimità costituzionale nella sentenza della Consulta n.75/2000, ove si era rilevato che “in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale”²⁸.

Ed è sempre l'assenza di una base legislativa che probabilmente ha contribuito al sorgere di alcuni orientamenti giurisprudenziali che hanno seguito percorsi che si discostano dai principi consueti.

Tra essi i più rilevanti erano quello relativo ai casi in cui il provvedimento ha recato un illecito esborso di denaro pubblico, quello relativo agli atti di assenso edilizi, e quello inerente gli atti viziati dalla c.d. illegittimità comunitaria, o anticomunitari²⁹.

Nei primi due casi spesso si affermava che l'interesse pubblico ad annullare il provvedimento illegittimo è *in re ipsa*.

Questa formula non è del tutto perspicua, ma pare comunque voler significare non tanto che qui i giudici ravvisano un interesse al ripristino della legalità, quanto, piuttosto, che essi ravvisano un qualche tipo di interesse pubblico specifico ad annullare che risulta talmente rilevante da prevalere sempre e comunque su tutti gli altri interessi coinvolti, e che dunque rende superflua ogni forma di ponderazione³⁰.

Anche se, per vero, la questione è sempre rimasta connotata da una certa opacità, perché qui la particolare considerazione riservata a questo o a quell'interesse si intrecciava con la cosiddetta dequotazione della motivazione³¹.

La pigrizia dei funzionari spesso faceva sì che le amministrazioni si limitassero a motivare solo in ordine alla sussistenza di un determinato interesse ad annullare, senza far cenno alle ragioni per cui esso prevale sugli altri interessi, e i giudici omettevano di censurare i vizi inerenti la motivazione formale perché ritenevano corretta la motivazione materiale, ossia perché ritenevano fondate le (supposte) ragioni effettive della decisione amministrativa: e così alla fine non

successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento».

²⁷ F.G. SCOCA, *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 810 e ss.

²⁸ Anche se, per vero, non va dimenticato che la Consulta da anni annette rilievo costituzionale alla tutela dell'affidamento del cittadino: v., per tutti, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Esi, 1995.

²⁹ Per una puntuale disamina di questi orientamenti si rinvia a S. VALAGUZZA, *La concretizzazione*, cit.

³⁰ Così, sempre puntualmente, S. VALAGUZZA, *La concretizzazione*, cit.

³¹ Secondo la nota definizione di M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 268 ss.

era agevole comprendere né le effettive ragioni della decisione della pubblica amministrazione, e neppure quelle della decisione del giudice³².

In ogni caso, il ragionamento sotteso a questo modo di decidere risultava opinabile, data la mancanza di norme che nei procedimenti di annullamento giustificassero un trattamento privilegiato per la tenuta dei conti pubblici o per la tutela del territorio, anziché per la tutela della concorrenza e del mercato, o per qualsivoglia altro tipo di interesse pubblico³³.

Per cui l'affermazione dell'interesse *in re ipsa* in questo o in quel settore dell'attività amministrativa poteva considerarsi un episodio di empirismo, perché questa affermazione finiva per essere rimessa alle preferenze contingenti del giudice, magari ispirate dalla sensibilità corrente in un determinato momento per questo o per quel problema.

Ma d'altro canto non v'è da stupirsi più di tanto se un orientamento pretorio contraddiceva un altro orientamento pretorio, perché tale – nonostante le sistemazioni dottrinali di cui s'è detto – era pure l'indirizzo generale della giurisprudenza in tema di annullamento d'ufficio.

Sicuramente doveroso veniva invece ritenuto l'annullamento dei provvedimenti contrari alle norme comunitarie.

La questione come noto è complessa, e in passato è stata anche oggetto di ricostruzioni dottrinali approfondite e raffinate, ma ai nostri fini è sufficiente ricordare che negli scorsi decenni la Corte di Giustizia aveva cercato di applicare ai provvedimenti amministrativi emanati dalle amministrazioni degli Stati membri in violazione del diritto comunitario una soluzione analoga a quella rinvenuta per il contrasto tra norme comunitarie e norme interne: e negli anni novanta questo indirizzo era stato ripreso anche dalla giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato, che dunque aveva iniziato ad affermare che i provvedimenti anticomunitari devono essere senz'altro ritirati³⁴.

Per cui, riassumendo, prima del 2005 in via generale l'annullamento d'ufficio poteva considerarsi oggetto di un potere senz'altro discrezionale: le vere e

³² V. in proposito le puntuali critiche di A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, *passim*.

³³ V., in questo senso, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, Monduzzi, 2001, p. 1580 e ss.

³⁴ In particolare in C.S., IV, 18.1.1996, n.54, e 5.6.1998, n.918. Su questi orientamenti v. almeno D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 35 e ss., V. CERULLI IRELLI, M. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno*, ivi, 2007, p. 859 e ss., M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, ivi, 2008, p. 477 e ss., F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 439 e ss.

proprie eccezioni alla regola erano abbastanza limitate, e in sostanza consistevano nei casi che esulavano dall'autotutela spontanea (gli annullamenti disposti in sede di controllo e in esito ai ricorsi amministrativi), nella fattispecie regolata dalla norma speciale, e a efficacia temporanea, di cui all'art.6 della legge n.127 del 1997, e nell'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria.

4. La legificazione del 2005 dei principi generali in tema di annullamento, e le vicende degli orientamenti sull'interesse pubblico in *re ipsa*: l'annullamento per motivi finanziari

Venendo ora alla legificazione dello scorso decennio, ai nostri fini va detto innanzitutto che la versione originaria dell'art.21-*nonies*, rimasta in vigore sino al 2014, aveva ripreso interamente le norme e i principi generali che in precedenza erano stati elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in particolare per quanto riguarda l'esigenza di perseguire un interesse pubblico specifico, diverso da quello alla legalità, e l'obbligo di ponderazione tra questo e gli altri interessi coinvolti ("Il provvedimento amministrativo illegittimo ... può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge")³⁵; e dunque in questo modo aveva confermato senz'altro la natura squisitamente discrezionale del potere in questione³⁶.

Ora, ci si sarebbe potuti attendere che l'entrata in vigore di questa disposizione avrebbe segnato la fine degli orientamenti giurisprudenziali che si discostavano dai principi generali, dei quali s'è appena detto, perché ormai non si trattava più di divergere da un orientamento di origine pretoria, ma, piuttosto, di non dare applicazione a una precisa disposizione di legge, una volta tanto chiara e univoca.

In realtà così non è stato: certo, la presenza dell'art.21-*nonies* non è stata

³⁵ In questo senso si erano espressi già i primi commentatori della disposizione quali B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 480, e A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n.15 del 2005. Prime riflessioni*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, Giappichelli, 2005, p. 216. Sui lavori preparatori della legge n.15/2005 v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2004.

³⁶ V., oltre agli autori citati nella nota precedente, P.M. VIPIANA, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 2007, p. 84 e ss., G. BERGONZINI, *Art.21-octies della legge n.241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 231 e ss.

del tutto priva di effetti, ma per lo più altri sono stati i fattori che negli ultimi anni hanno determinato le vicende degli orientamenti in parola.

Il più remoto tra questi orientamenti, quello sull'annullamento per motivi finanziari, era stato legificato anch'esso circa due mesi prima di quello per così dire generale, nel comma 136 dell'art.1 della legge finanziaria per il 2005, la legge n.311/2004: "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante"³⁷.

Ovviamente la quasi contemporanea emanazione di due disposizioni in tema di annullamento formulate in modo così sensibilmente diverso risultava abbastanza incongrua, e, per solito, poneva un problema di soluzione dell'antinomia (il vecchio postulato della coerenza dell'ordinamento imporrebbe anche di aggiungere: apparente) che così si era venuta a creare.

Pare che, come talvolta accade (forse non di frequente come sarebbe auspicabile), a livello ministeriale ci si fosse resi conto dell'esigenza di mantenere un minimo di ordine nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, dato che il Ministero della Funzione pubblica aveva proposto una soluzione per questa antinomia nella direttiva del 17 ottobre 2005.

Scartando le due soluzioni che forse erano più ovvie (ovvero: la norma della legge finanziaria non era stata abrogata in esito all'entrata in vigore della norma, di portata generale, *ex lege* n.15, in virtù del principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*; la norma della legge finanziaria invece era stata implicitamente abrogata dall'entrata in vigore della nuova norma perché questa, ai sensi dell'art.15 disp. prel. cod. civ., era intesa a regolare "l'intera materia"), la direttiva aveva proposto di leggere la formula sull'annullamento per motivi finanziari alla luce dei principi dettati dall'art.21-*nonies*.

Ed essa aveva dunque sostenuto che «la portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'articolo 1 della legge n.311/2004 può essere chiarita alla luce delle disposizioni della legge n.15/2005 che hanno disciplinato in via generale (l'annullamento) d'ufficio», e, pertanto, che «il legislatore si limita a

³⁷ Che in questo modo fosse stato legificato l'orientamento in parola era stato rilevato già dai primi commentatori di questa disposizione, e, in particolare, da R. GIOVAGNOLI, *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urb. app.*, 2005, p. 395 e s.

richiedere che l'amministrazione, nel valutare se procedere o meno all'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, operi tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati³⁸: per cui anche qui l'annullamento avrebbe dovuto avere natura discrezionale, e sarebbe dovuto passare attraverso la consueta ponderazione fra tutti gli interessi coinvolti.

Ma dato che a volte anche le leggi hanno un'effettività pari a quella delle grida manzoniane una direttiva probabilmente non era lo strumento più adeguato per risolvere la questione; e infatti le prassi amministrative e la giurisprudenza dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato non si sono curate delle indicazioni ministeriali, e hanno affrontato l'antinomia nei modi più diversi³⁹.

Comunque, anche quando la giurisprudenza del Consiglio di Stato riteneva che la disposizione *ex l. n.311* non fosse stata abrogata, affermava che il potere ivi previsto aveva natura discrezionale, osservando che il tenore della disposizione in parola «come reso evidente al termine *può* che precede la scelta di disporre dell' annullamento l'ufficio, non fa venir meno la natura ampiamente discrezionale di detta potestà che non può essere resa coercibile ad iniziativa del destinatario del provvedimento o di un terzo interessato»⁴⁰.

Negli ultimi anni la giurisprudenza sembrava però orientata soprattutto ad ampliare i margini di azione della pubblica amministrazione: quando affermava che l'entrata in vigore della disposizione di cui alla legge n.15 non aveva abrogato quella *ex lege* n.311, giungeva alla conclusione che la formula «che l'annullamento possa essere disposto *sempre*, al fine di conseguire risparmi di spesa o minori oneri finanziari», aveva «codifica(to) una ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa*», escludendo dunque ogni esigenza di comparazione tra interessi⁴¹; mentre quando affermava il contrario, ne traeva «da conseguenza pratica ... che il decorso di tre anni di efficacia del provvedimento illegittimo non preclude alla p.a. l'esercizio dell'annullamento d'ufficio»⁴².

³⁸ Su questa direttiva v. D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, Jovene, 2006, p. 396 e ss., P.M. VIPIANA, *Invalità, annullamento e revoca degli atti amministrativi*, cit., p. 96, e A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *FA-T.A.R.*, 2006, p. 2206 e s.

³⁹ Sui primi indirizzi giurisprudenziali sul punto v., per tutti, A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *FA-T.A.R.*, 2006, p. 2186 e ss.

⁴⁰ C.S., VI, 18.9.2009, n.5621.

⁴¹ C.S., VI, 27.7.2015, n.3659.

⁴² C.S., III, 5.10.2011, n.5480, i cui contenuti vengono ripresi da C.S., V, 22.12.2014, n.6275.

Probabilmente è per questa ragione che la legge n.124 del 2015, che come noto è intervenuta sugli istituti di autotutela per garantire meglio la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento del cittadino⁴³, a questo fine, oltre a inserire nell'art.21-*nonies* della legge n.241 la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui può essere esercitato l'annullamento, ha anche disposto l'abrogazione del comma 136 dell'articolo 1 della legge n.311.

E così a oggi l'annullamento per motivi finanziari pare essere stato espunto dal nostro ordinamento.

5. Segue: l'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria

Analoga sorte pare averla subita anche l'annullamento degli atti anticomunitari, ma attraverso un percorso giurisprudenziale, che trova la sua causa prima nel *revirement* della giurisprudenza della Corte di giustizia dello scorso decennio, che inizia con la nota sentenza *Kühne & Heitz* del 13.1.2004⁴⁴.

Questo mutamento di indirizzo pare ricollegarsi non solo al principio della autonomia procedurale degli Stati membri, ma pure al fatto che l'ordinamento comunitario (o eurounitario, o europeo, a seconda di quale definizione si preferisca), avendo elaborato i suoi principi generali sulla base di quelli comuni agli ordinamenti degli stati membri, non può esimersi da ricercare anch'esso quel compromesso tra gli interessi alla conservazione e gli interessi alla rimozione del provvedimento illegittimo che, come s'è detto più sopra, si riscontra negli ordinamenti dei paesi europei⁴⁵.

Sicché – come si ricorda nella sentenza appena richiamata – anche il diritto comunitario per quanto qui interessa è giunto ad assetti analoghi a quelli degli Stati membri, tant'è che tra i suoi principi generali non manca neppure quello della certezza del diritto, in forza del quale «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo ammini-

⁴³ V., in questo senso, per tutti, B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 e ss., M. RAMAJOLI, *L'annullamento*, cit.

⁴⁴ Corte di giustizia, 13.1.2004, n.453, proc. C-453/00, commentata da D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 e ss.

⁴⁵ Cfr., in proposito, M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008.

strativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo».

Ed è vero che questa sentenza soggiunge che, in forza del principio di cooperazione, gli organi amministrativi che ne siano richiesti possono comunque riesaminare la decisione, ma solo in presenza di una serie di condizioni, tra cui anche quella che il ritiro sia positivamente previsto dal diritto nazionale.

Peraltro anche nella sentenza *Arvor* del 2006⁴⁶, che pure sembra derogare al principio dell'autonomia procedurale, viene ribadito che «conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale ... il rispetto di tale principio permette di evitare che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito»⁴⁷.

Dato che nel nostro ordinamento le regole generali dettate dall'art.21-*nomies* non consentono il tipo di riesame postulato dal giudice comunitario, prevedibilmente anche la giurisprudenza amministrativa italiana si è indirizzata nello stesso senso, affermando ad esempio che «il principio del consolidamento dei provvedimenti non impugnati e della non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario. Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo»⁴⁸.

Ora, di recente una parte della dottrina sembra voler mettere in discussione gli esiti a cui è giunta la giurisprudenza: alcuni autori fanno leva in particolare sulla primazia del diritto comunitario e sugli obblighi di cooperazione che gravano sugli Stati membri⁴⁹, altri invece su disposizioni dell'ordinamento interno, in particolare quella che originariamente era dettata dalla legge n.11 del

⁴⁶ Corte di giustizia, 19.9.2006, n.392, proc. C-392/04 e C-422/04, commentata da G. GRUNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240 e ss.

⁴⁷ Cfr. M.P. CHITI, *Le peculiarità*, e V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 657 e ss.

⁴⁸ C.S., VI, 22.11.2006, n.6831.

⁴⁹ In questo senso M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 361 e ss. Cfr. anche C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1531 e ss.

2005, e che ora è ripresa nell'art.43 della legge n.234 del 2012 («Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»)⁵⁰, da leggere se del caso alla luce della norma sull'annullamento per motivi finanziari *ex lege* n.311/2004, dato che la violazione del diritto comunitario può «esporre lo Stato a sanzioni pecuniarie»⁵¹.

Ma, come s'è appena visto, il comma 136 della legge n.311 è stato abrogato, e, quanto agli obblighi *ex art.43* della legge n.234, si è puntualmente osservato che «il riferimento ad *ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comunitaria* è troppo generico, non necessariamente riguarda l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ma comprende soluzioni che vanno dall'obbligo per gli enti territoriali di motivare adeguatamente i propri atti, ad una generica sollecitazione ad adottare ogni cautela nelle scelte politiche o nell'adozione di atti normativi (e non necessariamente amministrativi) spettanti a tali enti»⁵².

Quanto invece agli argomenti che si rifanno alla generale primazia del diritto comunitario, non pare che il nostro ordinamento possa considerarsi in qualche modo obbligato a porre in essere rimedi ulteriori a quelli che vengono richiesti dalle stesse istituzioni comunitarie.

Poi ovviamente nulla vieta che il nostro legislatore decida autonomamente di andare in tal senso⁵³: ma che ciò sia o meno opportuno è una questione di politica del diritto che esula dai limiti di questo scritto.

Appare poi altrettanto ovvio che il problema dell'illegittimità anticomunitaria alla fin fine si iscrive in un processo in divenire qual è quello della integrazione europea (e magari fra qualche anno si dirà che va storicizzato), sicché i termini della questione sono destinati a mutare se l'integrazione procederà verso

⁵⁰ Così S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 219 e ss.,

⁵¹ F. GOISIS, *L'annullamento*, cit., il quale peraltro riteneva che l'annullamento per motivi finanziari avesse natura senz'altro doverosa.

⁵² G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 261.

⁵³ Come peraltro propone G. GARDINI, *op. cit.*

assetti più schiettamente federali: ma a oggi, dopo le più recenti vicende dell'Unione europea, non è certo che ciò avvenga.

6. Segue: l'annullamento degli atti in tema di edilizia

Venendo infine alla vicenda dell'annullamento degli atti in tema di edilizia, va detto che essa è segnata da quell'inerzia culturale di gran parte della giurisprudenza, a cui s'è già fatto cenno, perché qui l'orientamento sulla motivazione *in re ipsa* è rimasto prevalente sino a oggi, a oltre un decennio di distanza dalla entrata in vigore dell'art.21-*nonies*.

Poi è innegabile che il mito positivista del giudice *bouche de la loi* è tramontato da tempo, e di questi tempi sembra ancora perdurare il vecchio clima culturale post-modernista che come noto tende a esaltare la soggettività dell'interprete⁵⁴: nondimeno, in presenza di scelte legislative univoche, fenomeni di questo genere non possono non suscitare perplessità⁵⁵.

Di recente però un orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, usando come “indice ermeneutico” la previsione introdotta dalla legge n.124 del 2015 sul termine entro cui può essere esercitato il potere di annullamento, ha sostenuto che, quando l'amministrazione intende ritirare un permesso di costruire a una considerevole distanza di tempo dalla sua emanazione, «a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della sua efficacia (è necessaria) una motivazione particolarmente convincente, per giustificare la misura di autotutela, circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto (come espressamente prescritto dall'art.21-*nonies*), in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo»⁵⁶.

Volendo si potrebbe dunque dire che la reiterazione delle grida ogni tanto

⁵⁴ Cfr. il dibattito *Giudici e legislatori* pubblicato in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 483 e ss. (ivi in particolare gli interventi di G.U. RESCIGNO e A. TRAVI), nonché J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia, interpretazione*, Roma – Bari, Laterza, 1998, e, nella dottrina statunitense, G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto (1995)*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 2001, M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica (1998)*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 2001.

⁵⁵ Quale quella che ha appunto manifestato una parte della dottrina a fronte della prosecuzione dell'indirizzo sull'interesse *in re ipsa* in tema di edilizia: v., ad es., M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *Federalismi.it*, n.14/2015, E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, p. 730 e ss., nonché G. MANFREDI *L'autotutela in edilizia*, in *Urb. app.*, 2014, p. 1090 e ss.

⁵⁶ C.S., VI, 27.1.2017, n.341; nello stesso senso andava già C.S., VI 29.1.2016 n. 351. Nei due casi decisi da queste sentenze la previsione sul termine non era applicabile *ratione temporis*, dato che si discuteva di provvedimenti di annullamento emanati prima dell'entrata in vigore della legge n.124.

produce qualche effetto, perché in realtà l'art.21-*nonies* tutelava l'affidamento del cittadino già da un decennio prima della modifica del 2015: o, forse, la riforma del 2015 ha rappresentato per una parte dei giudici un'occasione per tentare di rimettere in discussione l'orientamento prevalente attraverso quella che (per usare il lessico degli ordinamenti di *common law*) potremmo definire come una tecnica di *distinguishing*.

In ogni caso da ultimo la IV Sezione, con l'ordinanza n.1830 del 19.4.2017, ha preso atto dell'esistenza di un contrasto tra l'indirizzo di cui s'è appena detto e quello sull'interesse *in re ipsa*, e ai sensi dell'art.99 C.P.A. ha rimesso il ricorso all'Adunanza plenaria⁵⁷: a cui dunque spetta ora decidere le sorti del diritto giurisprudenziale sull'annullamento in edilizia.

7. La modifica dell'art.21-*nonies* ex lege n.164 del 2014 e l'art.52 del Codice di giustizia contabile

Come s'anticipato, negli ultimi anni sono state emanate diverse disposizioni che possono far pensare a ipotesi di annullamento doveroso.

Partendo da quelle che sembrano eminentemente intese a esigenze di legalità oggettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, anziché alla tutela degli interessi dei privati che assumono di essere lesi da un provvedimento (il distinguo tra gli uni e gli altri casi qui serve per agevolare l'esposizione, perché, come si vedrà anche in seguito, finalità dell'uno e dell'altro genere in realtà si incrociano e si intrecciano), occorre innanzitutto considerare la modifica dell'art.21-*nonies* del 2014, perché essa potrebbe essere suscettibile di sovvertire la natura dell'annullamento in via generale.

⁵⁷ L'ordinanza è commentata da C. PAGLIAROLI, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato*, *Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, p. 319 e ss., e da L. SAMUELLI FERRETTI, *Annullamento d'ufficio di una concessione in sanatoria. Il CDS rimette la questione alla Adunanza Plenaria*, in *Giustamm.it*, n.6/2017, che pone la seguente questione: «se, nella vigenza dell'art.21-*nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato».

Peraltro se così fosse essa parrebbe volta a sancire l'inesauribilità del potere in questione: e, dunque, risulterebbe dissonante rispetto alla modifica del 2015, che, invece, come s'è detto, è chiaramente intesa a garantire la stabilità dei rapporti giuridici e la tutela dell'affidamento.

La modifica è stata disposta dall'art.21-*quater* della legge n.164 del 2014, di conversione del d.l. n.133 del 2014, che ha aggiunto alla fine del primo comma il periodo «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Questa clausola è stata letta da uno dei primi commentatori nel senso che essa «sembra avere introdotto il dovere dell'amministrazione di agire in autotutela, verosimilmente al fine di ripristinare la legalità, pena le responsabilità connesse»⁵⁸; nello stesso senso va chi ritiene che «il legislatore ... sembra qui sospingere verso una sorta di doverosità *obliqua* dell'intervento in autotutela, scegliendo una strada tortuosa. L'amministrazione dovrebbe essere indotta a rimuovere i provvedimenti illegittimi, assicurando così il corretto esercizio della funzione – al fine di non incorrere in responsabilità»⁵⁹.

A questa stregua l'annullamento avrebbe dunque assunto in via generale un carattere doveroso.

Altri invece afferma che anche dopo questa modifica l'annullamento va ancora considerato un potere discrezionale⁶⁰: e non manca chi sostiene anche che il riferimento alla responsabilità non può incidere sulla questione della natura del potere, perché questo riferimento va letto nel senso che in realtà è l'emana-zione del provvedimento illegittimo che «resta la fonte esclusiva della responsabilità»⁶¹.

E pure la giurisprudenza pare prevalentemente orientata a confermare gli assetti pregressi⁶².

⁵⁸ G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?* in *Giustamm.it*, n.5/2015.

⁵⁹ P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela*, cit., 34. Nello stesso senso da ultimo F. FRANCARIO, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, n.8/2017.

⁶⁰ S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 189 e ss., che però soggiunge anche che da questa formula si evince «un richiamo implicito da parte del legislatore ad un'azione giudiziale avverso il silenzio»: il che però non pare coerente con quello che almeno in passato veniva considerato un corollario della natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio. L'a. svolge considerazioni analoghe ne *L'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2748 e ss.

⁶¹ C. DEODATO, *Art.21-nonies*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1193, nonché *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi.it*, n.7/2017. Nello stesso senso v. almeno anche L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶² Cfr. C.S., V, nn.2014/2015, 3910/2016, T.A.R. Puglia, Bari, I, n.1504/2015, T.A.R. Campania, Napoli, VIII, n.3862/2017. Pare discostarsi in parte T.A.R. Umbria, I, n.94/2017,

Ora, in effetti la formula non risulta del tutto perspicua, e, anzi, è abbastanza generica: interpretata letteralmente essa potrebbe considerarsi sinanco una mera conferma delle responsabilità che anche in passato erano prospettabili a fronte del mancato annullamento⁶³.

Ad esempio, della responsabilità amministrativa dei funzionari, perché come noto l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali sancita dall'art.1 della legge n.20 del 1994 non preclude il sindacato sulla attuazione dei principi generali dell'attività amministrativa⁶⁴, i quali ovviamente vengono in gioco anche nelle scelte in tema di annullamento.

Non manca poi di suscitare perplessità l'idea che il legislatore, ove fosse stato effettivamente intenzionato a sovvertire la natura del potere in questione, abbia deciso di farlo in modo indiretto, e persino tortuoso.

Una scelta così innovativa avrebbe infatti meritato di essere sancita con una formula chiara e univoca, anziché tramite quello che in fondo è una sorta di *ibis redibis*, che sicuramente non è atto a evitare che in tutti coloro che sono adusi alla sistemazione tradizionale sorga ciò che gli psicologi definiscono come pregiudizio di conferma: ma d'altro canto soprattutto di questi tempi sarebbe velleitario attendersi troppo dal linguaggio legislativo.

Ma forse l'argomento che in definitiva porta a preferire la seconda tesi deriva dal fatto che, se la formula abbastanza fumosa di cui al secondo periodo del primo comma viene letta nel senso della doverosità, essa va a collidere con il primo periodo del medesimo comma, che invece, come s'è visto, risulta chiaro e univoco nel predicare la discrezionalità del potere in parola.

Di primo acchito la doverosità parrebbe discendere anche dall'art.52 del Codice di giustizia contabile *ex* d.lgs. n.174/2016, che nel sesto comma prevede che «Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione».

Pertanto questa clausola non ha portata generale, perché vale per i soli casi

prende le mosse dalla formula di cui si dice nel testo per sostenere che da essa «è lecito evincersi la tendenziale doverosità dell'intervento di riesame allorché ciò consenta all'Amministrazione di scongiurare la produzione di danni, poiché la valutazione di intervenire nuovamente sull'atto illegittimo è circostanza comunque valutabile dal giudice a conferma della diligenza posta dal soggetto pubblico nel considerare la possibilità di evitare il danno».

⁶³ Così A. GUALDANI, *Il tempo nell'autotutela*, in *Federalismi.it*, n.12/2017.

⁶⁴ Cfr. ad es. A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. COCA, Padova, Cedam, 1997, p. 88 e ss.

in cui l'annullamento si impone al fine di “evitare l'aggravamento del danno”: e dunque essa non varrebbe comunque a elidere i contenuti dell'art.21-*nonies* della legge n.241.

In realtà anch'essa alla fin fine non risulta del tutto univoca nel senso della doverosità.

Anzi, pure questa formula probabilmente può considerarsi confermativa degli assetti precedenti: e non solo perché se così non fosse si potrebbe pensare che il legislatore delegato abbia ecceduto rispetto ai contenuti della delega *ex* art.20 della legge n.124 del 2015, che riguarda solo la disciplina processuale dei giudizi avanti la Corte dei Conti anziché profili di diritto sostanziale, ma anche perché la precisazione secondo cui l'intervento in via di autotutela va posto in essere “ove possibile” ben può essere letta nel senso che la pubblica amministrazione deve annullare solo in presenza delle condizioni che sono previste in via generale dall'art.21-*nonies*: e a questa stregua anche qui il potere in discorso conserva natura discrezionale.

Anche se poi è probabile che d'ora in poi in concreto i funzionari più prudenti (o quelli più timorosi), dopo avere denunciato le eventuali responsabilità erariali, valuteranno con maggiore attenzione l'impiego dei poteri di autotutela – e magari finiranno con l'emanare provvedimenti anche solo per affermare che non sussistono le condizioni per procedere ad annullare i provvedimenti potenzialmente dannosi.

8. Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac

Venendo ora alla legislazione speciale degli ultimi anni, forse l'unica fattispecie recente di annullamento non discrezionale che si possa considerare (eminentemente) intesa a esigenze di legalità oggettiva la si rinviene nella raccomandazione vincolante dell'Anac che era stata prevista nel secondo comma dell'art.211 del (cosiddetto) secondo Codice dei contratti pubblici *ex* d.lgs. n.50 del 2016⁶⁵.

⁶⁵ «Qualora l'Anac, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo».

Come noto, la raccomandazione vincolante era uno degli strumenti che si ricollegano al sensibilissimo rafforzamento del ruolo della Autorità anticorruzione nel sistema dei contratti pubblici che caratterizza il Codice vigente⁶⁶.

Com'è altrettanto noto che nel parere n.855/2016 del Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo⁶⁷, questa previsione era stata oggetto di critiche, in particolare «sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato» – e in effetti non va dimenticato che secondo la Consulta dopo la riforma costituzionale del 2001 «i controlli di legittimità sugli atti amministrativi degli enti locali debbono ritenersi espunti dal nostro ordinamento, a seguito dell'abrogazione del primo comma dell'art. 125 e dell'art. 130 della Costituzione»⁶⁸.

E, pertanto, in questo parere s'era proposto di sostituire la raccomandazione con una legittimazione *ex lege* dell'Autorità anticorruzione a impugnare gli atti delle procedure di affidamento, disegnata in termini analoghi a quelli della legittimazione della Agcm a ricorrere avverso gli atti che violano le norme a tutela della concorrenza, prevista dall'art.21-*bis* della legge n.287 del 1990 – che invece è stata ritenuta compatibile con lo statuto costituzionale delle autonomie da parte della Corte Costituzionale nella sentenza n.20/2013.

La più parte dei commentatori di questa disposizione sembrava infatti orientata ad affermare che la raccomandazione, siccome vincolante (e assistita da apposite sanzioni sia nei confronti del dirigente responsabile, sia della stazione appaltante), in realtà si risolve in un vero e proprio ordine, che non lascia alcun margine di discrezionalità al suo destinatario – il quale, se non condivide la posizione dell'Autorità, tutt'al più potrebbe impugnare l'atto di raccomandazione avanti il G.A.: a questa stregua l'annullamento per la stazione appaltante si dovrebbe dunque considerare senz'altro vincolato⁶⁹.

⁶⁶ Si sa che la letteratura in proposito è ampia, ma tra i primi commentatori del nuovo Codice v. almeno R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, p. 503 e ss., E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 499 e ss., L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, ivi, p. 605 e ss.

⁶⁷ Commissione speciale istituita presso le Sezioni consultive, 1.4.2016, n.855.

⁶⁸ Come si legge in Corte Cost., 29.1.2005, n.64.

⁶⁹ Cfr. tra gli altri M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, in *giustizia-amministrativa.it*, G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, ivi, R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, ivi, O. FORLENZA, *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in *Guida dir.*, n.29/2016, C. PLUCHINO, *Le funzioni deflattive del contenzioso e il «lifting» dei pareri di precontenzioso dell'Anac*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1304 e ss., L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, ivi, 2017, p. 301 e ss., F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in

Va però segnalato che non sono mancate neppure posizioni favorevoli a ricondurre l'istituto alle norme e ai principi generali in tema di annullamento, e dunque a configurarlo come espressione di un potere ancora una volta discrezionale.

Ad esempio, da parte di chi sostiene che la raccomandazione obbliga la stazione appaltante solo ad attivarsi, e a valutare la sussistenza dei requisiti *ex art.21-nonies* della legge n.241 per procedere alla rimozione dell'atto⁷⁰; e da parte di chi invece postula che si possa «in via interpretativa affermare che chi esercita, effettivamente e nella sostanza, il potere di autotutela è l'Anac, non la stazione appaltante che è vincolata ad annullare i suoi atti, e che le regole dettate dall'art.21-*nonies*, l. n.241/1990, debbano essere recuperate a monte (raccomandazione dell'Anac), essendo vincolata l'attività della stazione appaltante»⁷¹.

Ora, che lo strumento in parola sia stato pensato dal legislatore soprattutto per venire incontro a esigenze di legalità oggettiva è confermato dal fatto che già sulla base della lettera del comma 2 risulta evidente che l'Autorità senz'altro può attivarsi d'ufficio, a prescindere da istanze o denunce di privati: anche se pare scontato che essa possa agire pure sulla base di una segnalazione che viene da privati interessati a tutelare i propri interessi in questa o in quella procedura di affidamento – parafrasando una nota formula di Ranelletti, si potrebbe dire che così gli interessi in questione si trovavano a essere occasionalmente protetti.

Non è invece del tutto scontato l'obbligo di Anac di agire a fronte di un'iniziativa siffatta⁷²: e in ogni caso che la *ratio* della raccomandazione vada principalmente nel senso di cui s'è appena detto, anziché in quello di tutelare gli interessi dei concorrenti, pare confermato dal Regolamento inerente l'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, emanato nel febbraio 2017 dalla Autorità anticorruzione, perché in esso, accogliendo una sollecitazione che era stata fatta già nel parere del Consiglio di Stato sullo schema del Codice, si è previsto che l'Anac può emanare raccomandazioni vincolanti solo a fronte di una serie di “gravi violazioni” indicate tassativamente nel regolamento medesimo - affidamenti disposti senza previa pubblicazione del bando di gara, oppure senza

Dir. proc. amm., 2017, p. 381 e ss.

⁷⁰ Così S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento Anac sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi.it*, n.6/2017, e A. GUALDANI, *Il tempo*, cit.

⁷¹ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, p. 902.

⁷² Lo nega ad es. E. FOLLIERI, *Le novità*, cit., p. 900 e ss., che come s'è visto ritiene che al potere di riesame sostanzialmente spettante all'Anac trovino applicazione le norme e i principi generali in tema di annullamento d'ufficio.

rispettare il termine di *stand still, et cetera*⁷³.

Ma di questo istituto ormai si deve parlare al passato, perché, come noto, il comma 2 dell'art.211 è stato abrogato dal c.d. correttivo del Codice dei contratti emanato con il d.lgs. n.56 del 2017.

E un paio di mesi dopo l'emanazione del correttivo, la legge n.96 del 2017, di conversione del d.l. n.50/2017, ha inserito nell'art.211 i commi 1-*bis* e 1-*ter*, che prevedono in capo all'Autorità anticorruzione una legittimazione *ex lege* ad «agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»: ossia lo strumento che, come s'è visto, era stato proposto dal Consiglio di Stato nel parere dell'anno prima⁷⁴.

9. Annullamento d'ufficio e Adr. Il paradigma dell'autotutela tributaria

Nella più parte degli altri casi in cui si è ritenuto di ravvisare un annullamento doveroso, esso viene invece considerato eminentemente funzionale alla tutela degli interessi dei soggetti privati che assumono di essere lesi da un provvedimento.

L'interesse per questo aspetto della questione si ricollega in modo abbastanza evidente a quello manifestatosi negli ultimi anni per le *Alternative dispute resolution*, o *Adr*, i sistemi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali, che come noto si sono sviluppati negli Stati Uniti soprattutto perché questi sistemi si sono trovati in consonanza con svariati “movimenti culturali”, anche contraddittori tra loro, che vanno dalla diffidenza nei confronti dell'autorità, alla preferenza per strumenti di natura privatistica, alla convinzione (ancora una volta, tipicamente post-moderna) che non si possa raggiungere nessuna certezza nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto – in sostanza, per riprendere un vecchio detto, la convinzione che non vi sia un giudice a Berlino⁷⁵.

⁷³ Su alcuni contenuti del regolamento v. V. COCOZZA, *Il Regolamento Anac per il rilascio dei pareri di precontenzioso, tra forme processuali e regole di organizzazione*, in *Giustamm.it*, n.3/2017, che peraltro segnala che l'atto è stato emanato senza una precisa base legislativa.

⁷⁴ V. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁵ I movimenti culturali che negli Stati Uniti hanno favorito il successo delle *Adr* vengono illustrati da O.G. CHASE, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. VARANO, Milano, Giuffrè, 2007, p. 129 e ss. Sulle *Adr* in altri ordinamenti v. gli studi in *op. ult. cit.*, e, con specifico riferimento alle controversie con la p.a., quelli pubblicati in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi*

Complici le innegabili numerose disfunzioni del nostro sistema giudiziario, e il consueto fascino che nel nostro ordinamento esercitano gli istituti giuridici di origine anglossassone⁷⁶, le *Adr* di recente hanno conosciuto un'ampia diffusione anche nel nostro ordinamento: con risultati talora buoni (ad esempio nel caso dell'Arbitro bancario finanziario, oppure in quello del Co.Re.Com., per le controversie tra utenti ed operatori di comunicazione), talaltra abbastanza deludenti – tipicamente, nel caso della mediazione obbligatoria delle controversie civili, che a tutt'oggi pare risolvere solo un numero minimo di controversie.

E' dunque per tale ragione che negli ultimi tempi spesso si è pensato di utilizzare a questo scopo pure l'annullamento d'ufficio⁷⁷.

A un efficace impiego dell'istituto per questa finalità osta però quel corollario della sistemazione tradizionale del potere in discorso di cui s'è detto più sopra, per cui la p.a. non è tenuta a riscontrare le domande di annullamento presentate dai privati.

E' stato però notato che vi è una branca dell'ordinamento contigua al diritto amministrativo (e che in passato del diritto amministrativo veniva anzi considerata una parte) in cui questo corollario pare essere stato messo in discussione, ossia il diritto tributario⁷⁸.

Nonostante che la normativa vigente in tema di annullamento d'ufficio degli atti impositivi sembri confermare che anche qui il potere in discorso ha natura discrezionale (l'art. 68, comma 1, del d.P.R. n.287 del 1992 afferma che «gli uffici dell'amministrazione finanziaria *possono* procedere all'annullamento...», e l'art. 2, comma 1, del D.M. n.37/1997 prevede che «l'amministrazione finanziaria *può* procedere, in tutto o in parte all'annullamento o alle rinuncia all'imposizione...»), non mancano recenti pronunzie della Cassazione che invece paiono presupporre la natura doverosa, ove affermano che l'amministrazione finanziaria può incorrere in una responsabilità aquiliana *ex art.2043 Cod. Civ.* ove non

rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. Peraltro in materia di *Adr* forse sarebbe opportuno richiamare, piuttosto della vicenda del mugnaio di Potsdam, che aveva dato origine alla leggendaria risposta sui giudici a Berlino, un'altra vicenda che aveva coinvolto sempre Federico II di Prussia e un altro mugnaio, nella quale il sovrano aveva esautorato dai loro incarichi i giudici che in vari gradi di giudizio avevano sentenziato a sfavore del mugnaio Arnold, e aveva sostituito le loro sentenze con una decisione che pretendeva di essere equitativa – v. E. BROGLIO, *Il regno di Federico II di Prussia detto il grande*, Roma, Stabilimento Civelli, 1880, II, p. 436 e ss.

⁷⁶ Come già rilevato da M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1 e ss.

⁷⁷ Sulle *Adr* in diritto amministrativo cfr, per tutti, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 e ss., e ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 481 e ss.

⁷⁸ In particolare da P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela*, cit.

abbia provveduto su una domanda di annullamento del contribuente.

E ciò perché sono le «regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione» a imporre all'amministrazione tributaria, «una volta informata dell'errore in cui è incorsa, di compiere le necessarie verifiche e poi, accertato l'errore, di annullare il provvedimento riconosciuto illegittimo o, comunque, errato. Non vi è, dunque, spazio alla mera discrezionalità poiché essa verrebbe necessariamente a sconfinare nell'arbitrio, in palese contrasto con l'imparzialità, correttezza e buona amministrazione che sempre debbono informare l'attività dei funzionari pubblici. Questo principio vale anche allorché il contribuente - compiendo una scelta di strategia difensiva il cui esito eventualmente negativo non può che imputare a se stesso - abbia lasciato scadere il termine utile per impugnare il provvedimento avanti alla Commissione Tributaria, giudice competente ad accertarne l'illegittimità e, quindi, sia stato costretto ad affidarsi all'autotutela della P.A.»⁷⁹.

Questo orientamento sembra però tutt'altro che univoco, dato che anche da ultimo la Sezione tributaria della Suprema Corte sembra affermare qualcosa di diverso, ove sostiene che, a fronte del diniego, espresso o tacito, di annullamento, «il sindacato giurisdizionale può esercitarsi soltanto sulla legittimità del rifiuto stesso da parte dell'Amministrazione finanziaria, in relazione alle ragioni di rilevante interesse generale che, ai sensi del d.l. 20 settembre 1994, n. 564, art. 2- *quater* convertito con modificazioni dalla l. 30 novembre 1994, n.656, e del D.M. 11 febbraio 1997, n.37, art.3 ne giustificano l'esercizio, e non sulla fondatezza della pretesa tributaria»⁸⁰.

Dal che pare intendersi che il parametro di legittimità del diniego è la previsione dell'art.3 del D.M. n.37, per cui l'annullamento è giustificato non dalla sola illegittimità dell'atto impositivo, ma, piuttosto, anche dal pubblico interesse a evitare ampi contenziosi – «nell'attività di cui all'articolo 2 è data priorità alle fattispecie di rilevante interesse generale e, fra queste ultime, a quelle per le quali sia in atto o vi sia il rischio di un vasto contenzioso»⁸¹: per cui anche qui tornano in gioco profili discrezionalità.

Il che trova conferma anche nella recente sentenza n.181/2017 della Corte

⁷⁹ Cass. Civ., III, 20.4.2012, n.6283. Su questo orientamento della Cassazione civile v., per tutti, M. FORMENTIN, *Doverosità dell'autotutela e tutela risarcitoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, p. 235 e ss., nonché, per un confronto con gli assetti dell'annullamento nel diritto amministrativo, P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela*, cit., p. 34 e ss.

⁸⁰ Cass. Civ., Sez. trib., 20.2.2015, n.344. Nello stesso senso, più di recente, 23.8.2017, n. 20314.

⁸¹ Su questo indirizzo della Sezione tributaria v. P. PIANTAVIGNA, *Riflessioni sull'autotutela parziale alla luce dell'ondinaga nomofilassi della Cassazione*, in *Riv. dir. fin.*, 2016, p. 77 e ss., e la dottrina ivi citata.

costituzionale, ove appunto si rileva che «secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, l'autotutela tributaria - che non si discosta, in questo essenziale aspetto, dall'autotutela nel diritto amministrativo generale - costituisce un potere esercitabile d'ufficio da parte delle Agenzie fiscali sulla base di valutazioni largamente discrezionali, e non uno strumento di protezione del contribuente ... Il privato può naturalmente sollecitarne l'esercizio, segnalando l'illegittimità degli atti impositivi, ma la segnalazione non trasforma il procedimento officioso e discrezionale in un procedimento ad istanza di parte da concludere con un provvedimento espresso»: e dunque si conclude affermando che «l'annullamento d'ufficio non ha funzione giustiziale, costituisce espressione di amministrazione attiva e comporta di regola valutazioni discrezionali, non esauendosi il potere dell'autorità che lo adotta unicamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento se ne riscontra l'illegittimità».

Ma in ogni caso va evidenziato che gli assetti dell'annullamento in diritto tributario non potrebbero comunque essere trasposti automaticamente nel diritto amministrativo.

Anche la dottrina che è favorevole ad ammettere il dovere di provvedere sulle domande di annullamento dei contribuenti in definitiva giunge a questa conclusione in base alla considerazione che l'attività dell'amministrazione finanziaria *ex art.52 Cost.* persegue il fine di garantire che ogni cittadino contribuisca alla spesa pubblica in base alla propria capacità contributiva, piuttosto che un qualche interesse “di cassa”⁸².

A questa stregua risulta però evidente che l'annullamento d'ufficio in diritto amministrativo costituisce un fenomeno ben più complesso di quanto non sia in diritto tributario: il potere di riesame esercitato dalle amministrazioni non finanziarie deve infatti tenere conto di una pluralità di interessi che in diritto tributario non sono per nulla configurabili – per tacer d'altro, l'interesse dei privati alla conservazione dei provvedimenti che nei loro confronti producono effetti ampliativi.

10. Le figure speciali di istanza di annullamento: il preavviso di ricorso nel Codice dei contratti pubblici del 2006 e le sollecitazioni in tema di s.c.i.a.

Negli ultimi anni però il legislatore ha dettato norme speciali in cui viene espressamente prevista la possibilità di presentare domande di riesame di un

⁸² M. FORMENTIN, *Doverosità*, cit., e la dottrina ivi citata.

provvedimento.

Del primo caso occorre però parlare al passato, come s'è già fatto per la raccomandazione vincolante dell'Anac.

Peraltro, si tratta di un istituto che faceva anch'esso parte del diritto dei contratti pubblici (che com'è noto è particolarmente mutevole e instabile), ossia il cosiddetto preavviso di ricorso (o informativa di ricorso), regolato dall'art.243-*bis*, che era stato inserito nel Codice del 2006 dal d.lgs. n.53 del 2010⁸³.

Si sa che questo istituto in genere è stato considerato un esempio di tecnica legislativa molto discutibile⁸⁴, perché come strumento di *Adr* costituiva un meccanismo ben poco efficace: tant'è che esso non è stato ripreso nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'inefficacia del meccanismo era dovuta a diversi fattori: in primo luogo perché è vero che si prevedeva che la stazione appaltante dovesse pronunciarsi sulle censure dedotte nel preavviso entro quindici giorni, ossia un termine dimezzato rispetto a quello di trenta giorni che è previsto in via generale per provvedere dall'art.2 della legge sul procedimento, e che qui «l'inerzia equivale a diniego

⁸³ Il testo dell'articolo recitava: «1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale. 2.L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara. 3.L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. 4.La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela. 5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile. 6.Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti».

⁸⁴ Peraltro è vero che questa disposizione è stata emanata in attuazione della direttiva CE 66 del 2007, sul miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Ma è altrettanto vero che la direttiva per quanto qui interessa si limitava a prevedere che gli Stati membri possono prevedere in capo a chi vuole proporre un ricorso giurisdizionale in materia di contratti un obbligo di informare l'amministrazione aggiudicatrice dell'intenzione di ricorrere, oppure un obbligo di esperire un ricorso presso la medesima amministrazione: per cui in sostanza ogni scelta in proposito veniva lasciata all'autonomia procedurale degli Stati.

di autotutela»; ma è altrettanto vero che nella materia dell'affidamento dei contratti pubblici è dimidiato anche il termine per ricorrere, e che il suo decorso non era sospeso dalla presentazione del preavviso.

Sicché il concorrente intenzionato a mettere in discussione questo o quel provvedimento della stazione appaltante dopo aver presentato l'informativa spesso si trovava costretto a dover comunque agire in giudizio per evitare di decadere dall'azione⁸⁵.

A ciò si aggiunga che, come noto, i ricorsi in tema di contratti pubblici sono soggetti al versamento di un contributo unificato che è difficile non considerare esorbitante: sicché, se il diniego di annullamento interveniva dopo l'avvenuta proposizione del ricorso giurisdizionale, il ricorrente correva il rischio di trovarsi obbligato a impugnare il nuovo atto con motivi aggiunti, andando così incontro anche all'obbligo di dover versare un nuovo contributo unificato⁸⁶.

Presumibilmente è per tali ragioni che la giurisprudenza del Consiglio di Stato in sostanza era giunta a svuotare di contenuto l'art.243-*bis*, affermando non solo che il preavviso non era condizione di procedibilità del ricorso, ma anche (per vero, in modo tutt'altro che convincente) che a fronte di esso la stazione appaltante non aveva «neppure un obbligo di risposta», e che «la mancata impugnazione del diniego di autotutela non comporta una possibile causa di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso già proposto avverso l'aggiudicazione»⁸⁷.

L'altro caso si ricollega a quella che è stata efficacemente definita “la storia infinita” della d.i.a./s.c.i.a.⁸⁸.

Com'è ampiamente noto, la questione della natura dell'istituto denominato originariamente denuncia di inizio attività, e ora segnalazione certificata di inizio attività, è sempre stata controversa, anche in considerazione delle ricadute sulla

⁸⁵ Com'era stato rilevato tempestivamente già da M. RAMAJOLI, *Provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Ius publicum*, n.1/2011. Altri per contro aveva accolto questa disposizione con favore – soprattutto perché auspicava l'estensione di questo meccanismo in altre branche del diritto amministrativo: cfr., ad es., P. QUINTO, *Il “preavviso di ricorso” nella delega comunitaria e nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, p. 2706 e ss.

⁸⁶ Cfr. in proposito S. TARULLO, *L'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale*, in *giustizia-amministrativa.it*, A. DAIDONE, *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, p. 478 e ss.

⁸⁷ Così C.S., V., 13.6.2016, n.2522. Gli orientamenti in tal senso erano però stati criticati da parte della dottrina: v., per tutti, E. GRILLO, *L'informativa di ricorso ex art.243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n.6712*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1203 e ss.

⁸⁸ Ad es. da M.A. SANDULLI, *Prmissima lettura dell'Adunanza plenaria n.15/2011*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, p. 533.

tutela del terzo: in proposito si fronteggiavano due possibili ricostruzioni, l'una che considerava l'istituto in parola come espressione di semplificazione amministrativa, in esito a cui si aveva un provvedimento di assenso a formazione tacita, analogo al silenzio-assenso, l'altra che invece lo considerava come espressione di liberalizzazione, per cui la d.i.a. restava un atto privato, senza che venisse in gioco alcun potere amministrativo.

La seconda sistemazione aveva incontrato maggiori favori sia in dottrina sia in giurisprudenza⁸⁹: sennonché il d.l. n.35 del 2005 aveva introdotto nell'art.19 della legge n.241/1990 il comma 3, che prevedeva che, anche dopo la scadenza del termine entro cui la pubblica amministrazione può vietare l'attività del privato, veniva fatto salvo «il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quiquies* e 21-*nonies*», e dunque dava adito all'idea che nella fattispecie fosse ravvisabile un qualche tipo di atto rimuovibile mediante i poteri di revoca e di annullamento.

L'Adunanza plenaria aveva voluto risolvere la questione con la sentenza n.15 del 2011, in cui aveva preso posizione per la sistemazione in termini di liberalizzazione, e aveva affermato che il terzo può tutelarsi impugnando il diniego tacito di esercizio del potere inibitorio⁹⁰.

Questo orientamento del Consiglio di Stato era stato superato dopo solo poche settimane da un nuovo intervento legislativo, ossia dal d.l. n.138/2011, che aveva inserito nell'art.19 il comma 6-*ter*, ove si afferma che «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili», e, al contempo, si prevede che gli interessati possono «sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione», e, in caso di inerzia, esperire l'azione in tema di silenzio-inadempimento *ex art.31 del C.P.A.*⁹¹

Poi più di recente l'art.6 della legge n.124/2015 ha eliminato dall'art.19 il riferimento al potere di assumere determinazioni ai sensi degli artt.21-*quiquies* e 21-*nonies*, e l'ha sostituito con la clausola secondo cui «decorso il termine per

⁸⁹ In dottrina v., per tutti, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996, E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo: l'art.19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001. Sulla posizione della giurisprudenza v., riassuntivamente, N. PAOLANTONIO, *Art.19*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice*, cit., p. 934 e ss.

⁹⁰ V., per tutti, i commenti di R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, e di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della scia e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.15/2011 e nell'art.19, comma 6-ter, della legge n.241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 193 e ss. e p. 215 e ss.

⁹¹ Sulle conseguenze di questa modifica cfr. G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art.19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 645 e ss.

l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-*bis*, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*».

Questa formula pare dunque avere chiarito (si vorrebbe dire che lo ha fatto definitivamente: sennonché in tema di s.c.i.a. non è mai detta l'ultima parola, dato che il nostro legislatore negli ultimi anni è solito a intervenire sull'istituto in parola in modo che ormai viene definito compulsivo) che la s.c.i.a. è senz'altro un atto privato, e che, dopo il decorso del termine di sessanta giorni dalla segnalazione, può essere esercitato non un vero e proprio potere di annullamento, ma, piuttosto, ancora il potere inibitorio, alle condizioni alle quali è subordinato l'esercizio dell'annullamento d'ufficio⁹².

E' invece (sinora) rimasta invariata la formula del comma 6-*ter*: in base a essa dottrina e giurisprudenza sembrano orientate a ritenere che l'amministrazione, ove verifichi che non sussistono i requisiti per svolgere l'attività segnalata, non ha un vero e proprio dovere di inibirla, ma, piuttosto, il dovere di verificare se sussistono tutti i requisiti previsti dall'articolo 21-*nonies*⁹³.

⁹² Sia permesso rinviare a G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, p. 5 e ss.

⁹³ Così C.S., VI, 3.11.2016, n.4610, ove appunto si sostiene che «il terzo (può) chiedere la condanna dell'amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa. Quest'ultima, calata nell'ambito del procedimento in esame, si connota in modo peculiare perché: i) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo e dunque si caratterizza per essere un atto di “primo grado” che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di “secondo grado”; ii) l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un “normale” potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'*an* del procedere. Tale seconda opzione interpretativa è preferibile in quanto coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla scia con quelle di tutela del terzo. Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere. La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la scia, in quanto l'amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può comunque fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese». Su questa pronuncia v. N. PAOLANTONIO, *Art.19*, cit., p. 937. In dottrina in questo senso v. M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, n.20/2015, e G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n.124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 e ss. Peraltro va ricordato che già prima delle ultime modifiche dell'art.19 della l. n.241 A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 36 e ss., aveva sostenuto

Per cui, in sostanza, in quest'ottica anche questo potere (non di annullamento vero e proprio ma) di autotutela avrebbe natura discrezionale anziché vincolata.

11. La configurabilità in via generale di un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento: in particolare, in considerazione della modifica dell'art.2 della legge n.241 del 1990 ex lege n.190 del 2012

V'è poi da chiedersi se al di fuori delle ipotesi speciali nelle quali il dovere viene espressamente previsto dalla legge, l'Amministrazione possa considerarsi in via generale tenuta a provvedere sulle richieste di annullamento.

Come s'è detto più sopra, tradizionalmente l'assenza di un dovere in tal senso viene considerata un corollario della sistemazione dell'annullamento d'ufficio come potere discrezionale.

Ciò che, per vero, si accorda con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale tradizionalmente prevalente secondo cui l'amministrazione ha un vero e proprio dovere di provvedere solo a fronte delle vere e proprie istanze, ossia delle sollecitazioni ad agire svolte da privati nei casi in cui la legge attribuisce a essi un "potere di impulso"⁹⁴; mentre non vi è tenuta negli altri casi, ove queste sollecitazioni vengono qualificate come mere denunce.

Orientamento questo che in effetti pareva essere stato confermato appieno anche dalla versione originaria del comma 1 dell'art.2 della legge n.241/1990, secondo cui «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso».

Per cui un obbligo di emanare un provvedimento espresso era configurabile solo nei casi in cui vi è già una norma che lo prevede: il che non è a fronte delle domande di annullamento – fatte ovviamente salve le ipotesi speciali delle quali s'è detto. Non va però dimenticato che negli scorsi anni sono emerse linee di pensiero che in tutto o in parte possono sovvertire questo orientamento. Ad

che anche qui il potere *ex art.21-novies* conserva natura discrezionale, e che dunque risulta configurabile un dovere di procedere piuttosto che un dovere di provvedere senz'altro ad annullare.

⁹⁴ Così - seppur criticamente - A. SCOGNAMIGLIO, *Istanze alla pubblica amministrazione*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, IV, 2006, p. 3286. La posizione tradizionale della giurisprudenza e della dottrina viene bene sintetizzata da A. DE ROBERTO, *Denuncia*, voce in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 149, e da ultimo viene ripresa da G. MANNUCCI, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, Maggioli, 2016, p. 332 e s. In proposito cfr. anche l'inquadramento generale di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005.

esempio, quella di chi nel novero delle denunce propone di individuare un sottoinsieme di atti privati da denominare come denunce qualificate, che in sostanza avrebbero gli stessi effetti delle istanze: denunce che si avrebbero ove la legge prevede sì che un procedimento venga avviato d'ufficio, ma contempla anche «la possibilità, per chi ne abbia interesse, di presentare all'amministrazione denunce (variamente denominate), per sollecitarla ad avviare d'ufficio un procedimento»⁹⁵. Oppure quella di chi configura un dovere dell'amministrazione di provvedere anche a fronte di ogni denuncia presentata da soggetti titolari di una posizione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento⁹⁶.

La prima tesi però a ben vedere non sposta i termini della questione che qui interessa, perché, in tema di annullamento, norme (beninteso, norme generali) che “qualifichino” le denunce dei privati non ve ne sono.

La seconda invece i termini potrebbe senz'altro spostarli: ma, per vero, a oggi pare trovare conferme soprattutto nell'ordinamento comunitario, anziché in quello interno.

Ma soprattutto v'è da chiedersi se ormai non sia configurabile un dovere di provvedere addirittura in esito a ogni denuncia di qualsiasi soggetto: e ciò in considerazione della modifica del primo comma dell'art.2 della legge sul procedimento operata dalla legge cosiddetta anticorruzione n.190/2012, che, per una finalità di maggiore trasparenza dell'azione amministrativa, dopo il primo periodo della disposizione in parola ne ha aggiunto un secondo, che come noto prevede che «se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»⁹⁷.

In realtà la modifica del 2012 ancora una volta non sposta i termini, sia perché il secondo periodo del comma 1 con tutta probabilità va letto alla luce del primo, che è rimasto inalterato, sicché le domande affette da «manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza», che vanno riscontrate

⁹⁵ L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e pre-istruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 719. L'a. riprende questa tesi anche in *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 144.

⁹⁶ A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 159 e ss. Le tesi di questo a. vengono riprese anche da M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 e ss.

⁹⁷ In sostanza, era la proposta di M. MONTEDURO, *Sul processo*, cit., che però si muoveva sul piano dello *ius conditum* anziché su quello dello *ius condendum*.

con un provvedimento in forma semplificata, sono solo le istanze a cui *ex lege* fa seguito il dovere di provvedere: il che come detto in genere non è per le domande di annullamento⁹⁸. Sia perché, se anche così non fosse, l'ammissibilità o meno della domanda continuerebbe a dipendere dalla legittimazione attribuita da norme diverse da quella *ex art.2* della legge sul procedimento: e, quindi, in assenza di una norma che imponga di provvedere sulla domanda di annullamento, essa andrebbe comunque dichiarata inammissibile⁹⁹.

Piuttosto v'è da dire che negli ultimi anni è emerso in dottrina e in giurisprudenza un orientamento che afferma che «l'obbligo di provvedere può comunque nascere dai principi generali in tema di ragionevolezza, correttezza, buona fede (che come più volte ricordato costituiscono il diritto amministrativo al pari del diritto positivo)»¹⁰⁰.

Per cui anche dai principi costituzionali e dai principi generali del diritto amministrativo può sorgere sinanco un dovere di provvedere all'annullamento in esito a una domanda privata anche al di fuori dei casi previsti da singole norme: problematico è però stabilire quali siano i casi in cui ciò debba avvenire, anche perché a oggi fa ancora difetto una casistica giurisprudenziale che chiarisca il punto¹⁰¹.

12. Considerazioni conclusive

Sulla base della rassegna svolta nei paragrafi precedenti si può affermare

⁹⁸ Cfr. N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del "nuovo" art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, p. 1338 e ss., e *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, ivi, 2015, p. 2676 e ss. Seppure in ottica diversa, esclude che la novella del 2012 abbia dato luogo a un generalizzato obbligo di provvedere sulle domande dei privati anche N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *Giustamm.it*, n.12/2016, e *Art.2, II*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice*, cit., p. 301 e ss.

⁹⁹ Peraltro va detto che la giurisprudenza anche da ultimo ha confermato l'orientamento tradizionale: v., in particolare, C.G.A., 6.9.2017, n.380. V., in proposito, la puntuale e attenta analisi di S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 46 e ss.

¹⁰⁰ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, II, Bologna, Il Mulino, 1993, 1289; l'a. riprende questa considerazione in *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, cit., p. 253. Nello stesso senso v. N. PAOLANTONIO, *Provvedimento*, cit., e *Art.2, II*, cit., con puntuali richiami giurisprudenziali. Cfr. anche S. VERNILE, *Il provvedimento*, cit., spec. p. 52 e ss.

¹⁰¹ Per un'ipotesi di questo genere v. ad es. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 16.12.2009, n. 305, annotata da A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, in *F.A.-T.A.R.*, 2010, p. 810 e ss., e da chi scrive, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 273 e ss.

che nell'ordinamento vigente l'annullamento doveroso, ossia l'annullamento vincolato, è un'evenienza rara.

Innanzitutto s'è visto che non pare che il potere in parola abbia assunto natura vincolata in esito alla modifica dell'art.21-*nonies* della legge n.241 recata dalla legge n.164 del 2014: per cui a tutt'oggi l'art.21-*nonies* continua a confermare che in via generale questo potere ha natura discrezionale.

Quanto agli orientamenti giurisprudenziali che in passato sembravano affermare (peraltro, in modo non sempre perspicuo) che in determinati settori della azione amministrativa può riscontrarsi una doverosità del potere, s'è visto che quello sull'annullamento per motivi finanziari dovrebbe essere venuto meno in seguito all'abrogazione del comma 136 dell'art.1 della legge n.311 del 2004, e quello sull'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria per effetto del *revirement* della stessa giurisprudenza comunitaria.

Invece sinora è perdurato l'orientamento sull'annullamento in tema di edilizia: anche se da ultimo l'Adunanza plenaria è stata chiamata a reconsiderare la questione a fronte della più recente modifica dell'art.21-*nonies*, quella recata dalla legge n.124 del 2015.

Ma se i contenuti dell'art.21-*nonies* riescono a far breccia solo con difficoltà nelle convinzioni radicate in giurisprudenza, essi fungono da paradigma per la lettura delle disposizioni che negli ultimi anni hanno previsto ipotesi speciali di annullamento: è accaduto per le sollecitazioni in tema di s.c.i.a., e forse sarebbe accaduto anche per le raccomandazioni vincolanti dell'Anac previste dal secondo comma dell'art.211 del Codice dei contratti pubblici del 2016, se questa disposizione fosse rimasta in vigore.

Per cui anche quando una qualche disposizione prevede in capo ai privati il potere di formulare vere e proprie istanze di annullamento, dottrina e giurisprudenza per lo più tendono a ricondurre l'esercizio del potere alle regole generali *ex art.21-*nonies**.

E, dunque, al più giungono ad affermare che in alcuni di questi casi in capo alla pubblica amministrazione vi è sì un dovere di procedere sull'istanza di annullamento, ma non un vero e proprio dovere di annullare: o, se si preferisce, che, anche se la pubblica amministrazione è tenuta e vincolata a iniziare un procedimento, la scelta se concluderlo o meno nel senso dell'annullamento resta discrezionale, e deve svolgersi secondo le regole generali di cui s'è detto.

Va però detto che questi assetti forse sono provvisori, dato che le esperienze degli ultimi anni dimostrano che il nostro ordinamento anche a questo proposito è in continua evoluzione: in definitiva, si tratta di un riflesso di quella dialettica tra gli interessi sottesi all'annullamento della quale si è detto più sopra.

Sicché non si può escludere che in futuro il legislatore decida di annettere un rilievo preminente all'uno o all'altro degli interessi che vanno nel senso della rimozione dell'atto illegittimo, e dunque preveda delle ipotesi, di latitudine più o meno ampia, di annullamento interamente vincolato, come ha già fatto in almeno un caso in passato.

Restando sempre sul piano delle ipotesi, d'altro canto non può escludersi neppure che in futuro la Corte costituzionale giunga prima o poi ad applicare anche qui l'orientamento che dalla fine dello scorso secolo afferma che l'affidamento del cittadino è tutelato dalla Costituzione.

Peraltro nella sentenza n.181 del 2017, di cui s'è già detto, la Consulta ha sì rilevato che «questa Corte ha già osservato che, in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale» (sentenza n. 75 del 2000). La previsione legislativa di casi di autotutela obbligatoria è dunque possibile, così come l'introduzione di limiti all'esercizio del potere di autoannullamento, ma non può certo dirsi costituzionalmente illegittima, per le ragioni sopra viste, una disciplina generale che escluda il dovere dell'amministrazione e, per quanto qui interessa, delle Agenzie fiscali di pronunciarsi sulle istanze di autotutela; ma nel prosieguo della pronuncia ha osservato anche che è «proprio nel principio di buon andamento (che) si radica il vincolo per il legislatore di tenere conto, nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, anche dell'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici già definiti dall'amministrazione, con la conseguenza che non irragionevolmente il legislatore stesso ha ritenuto di non prevedere che su eventuali istanze di autotutela l'amministrazione debba necessariamente pronunciarsi».

Non può escludersi neanche che la giurisprudenza forense e quella dottrinale nei prossimi anni chiariscano le implicazioni dei principi generali sull'attività amministrativa in ordine all'esercizio del potere in parola, e dunque giungano a individuare con esattezza le ipotesi ove la doverosità dell'annullamento discende da detti principi.

Per pervenire a questo risultato occorrerebbe però un approfondimento e un affinamento degli strumenti che consentono di sindacare la discrezionalità amministrativa, se non una qualche ridefinizione della stessa discrezionalità.

Ma qui si superano i confini dell'indagine che si è voluto svolgere, che ha come oggetto solo la ricerca e la disamina di casi in cui il potere in questione ha natura autenticamente vincolata: e dunque, come si suol dire, si tratta di un'altra storia, che merita un racconto a parte.